

## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1.- Existen actualmente más de 700 franquicias operando en México, el 60% de estas son de origen mexicano y el otro 40% de origen extranjero; de tal manera que nuestro país se ubica dentro de las 10 naciones que más han desarrollado el sistema de franquicia en todo el mundo. Además los beneficios económicos que esta forma de negocio aportado a nuestra sociedad son notables, pues constituye un importante participación al PIB y a la recaudación fiscal, estimula la inversión extranjera y nacional, es una importante fuente de creación de empleos de diferentes niveles y requerimientos, y asegura a los consumidores recibir una alta calidad de servicio o productos especializados, a precio justo, dentro del escenario de la libre competencia.

2.- La franquicia tal y como la conocemos hoy en día surgió en Estados Unidos a mediados del siglo XIX. Pero en realidad las franquicias no tuvieron el apoyo y el reconocimiento público hasta un siglo después cuando varios negocios dedicados a diferentes giros comenzaron a utilizarlas con gran éxito.

3.- La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en otros países no ha sido menos impresionante que en Estados Unidos. La internacionalización de la franquicia se ha facilitado principalmente por la globalización de los mercados, la interrelación de los países y la creación de zonas de libre comercio. De esta forma las marcas, los conceptos y las grandes ideas han llegado a los demás países con mucha mayor velocidad, agilizando el aterrizaje y la promoción a nivel mundial de una franquicia extranjera.

4.- Originalmente la legislación mexicana no era propicia para que se asentaran las franquicias en nuestro territorio debido a la poca seguridad jurídica que se brindaba a este sector. Esto cambió radicalmente en la década de los ochenta, cuando el país tuvo que adoptar el nuevo modelo neoliberal impuesto por las grandes potencias. Desde ahí, en México se suscitaron grandes cambios que se manifestaron a través de la apertura de las fronteras, las nuevas relaciones internacionales, la firma y adhesión a diversos tratados internacionales y el proceso de desregulación para fomentar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología. Estas situaciones motivaron a nuestro país a

modificar muchas de sus normas jurídicas aplicables y adecuarlas a las nuevas circunstancias de la época moderna.

5.- En México la legislación en materia de franquicias, consta sólo de dos artículos en dos diferentes disposiciones legales. El primero es el artículo 142 de la LPI, cuyo contenido se puede resumir así: a) Definición de la franquicia b) Obligación por parte del franquiciante de entregar a sus futuros franquiciatarios - previamente a la celebración del contrato- la información básica de la misma en un documento denominado Circular de Oferta de Franquicia ( COF) c) Obligación del franquiciante o del franquiciatario de inscribir el contrato de franquicia ante el IMPI, a efecto de que esta autoridad registre la o las licencias de uso de marca que contiene un contrato de franquicia. La segunda disposición jurídica es el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Propiedad Industrial, que define con exactitud el contenido del COF. Tanto el artículo 142 de la LPI como el 65 de su Reglamento deben ser reformados por ser ambiguos y deficientes.

6.- En México el artículo 142 de la LPI se limita a nombrar y configurar el contrato de franquicia, prescindiendo de cualquier régimen propio. De ahí que este contrato siga siendo, pues un contrato nominado que pertenece a la atipicidad al estar privado de una disciplina orgánica - jurídico- privada. Es decir, que aunque la LPI contempla a la franquicia, no convierte a este contrato en una figura regulada específicamente en el derecho mexicano, en virtud de que la misma no contempla la relación jurídica entre el franquiciante y el franquiciatario en su relación de derecho privado. La reglamentación contenida en la LPI es de derecho administrativo y registral, lo que significa que sólo contempla la relación entre las partes contratantes con la Administración Pública Federal.

7.- A falta de una regulación legal específica, la relación entre el franquiciante y el franquiciatario se plasma en un contrato de franquicia. Este instrumento debe ser sumamente minucioso y cubrir todos los aspectos referentes al negocio franquiciado, y principalmente definir los derechos y obligaciones de las partes. Ahora bien, dada su naturaleza sui generis, este contrato es sumamente complejo y dado su particular dinamismo se encuentra sujeto a una basta normativa legal, prevaleciendo sobre todo la voluntad de las partes y los términos que estos quieran obligarse.

8.- Los elementos de existencia y validez de un contrato de franquicia son los mismos de cualquier contrato. Su clasificación según sus características es la siguiente: mercantil, principal, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae, formal, de tracto sucesivo, nominado, generalmente de adhesión y atípico.

9.- Muchas de las legislaciones de América Latina incluyendo a México no regulan en su gran mayoría, los contratos de franquicia. Por lo que estos contratos pueden realizarse sin limitación alguna, ya que las legislaciones de estos países (basadas en el Código Napoleónico) permiten a los ciudadanos realizar actos que no se encuentran expresamente prohibidos por las leyes. Para este tipo de legislaciones, los contratos se entiende que son ley entre las partes. Pero esto es un arma de doble filo pues los postulados de igualdad y libertad jurídica que constituyen el fundamento de la autonomía de la voluntad, no siempre se cumplen, pues frente a la igualdad jurídica podría existir una subordinación económica. Esto es lo que sucede generalmente en los contratos de franquicia, por lo que es necesario fijar límites para brindar un adecuado equilibrio entre las partes. Estas restricciones o límites deben considerarse, como normas de Derecho Público, y por lo mismo, no renunciables.

10.- Es indudable que la falta de asesoría jurídica, generalmente por parte del franquiciatario es una de las principales causas de que en el contrato de franquicia se cometan una serie de abusos y arbitrariedades por parte del franquiciante, pero también se debe de reconocer que la carencia de una legislación adecuada impide que las partes involucradas en dicho contrato, conozcan de antemano los lineamientos que permitan una relación equitativa entre el franquiciante y el franquiciatario.

11.- La incorporación del Contrato de Franquicia al Código de Comercio sería de gran relevancia para las partes. Hasta ahora este negocio ha funcionado de una forma atípica. Por un lado, el franquiciante lleva las mayores ventajas de la negociación, puesto que el franquiciatario se suscribe sumisamente a un contrato de adhesión mediante cual acepta todos los términos y condiciones establecidos por el franquiciante, aún cuando existan cláusulas sumamente oscuras y abusivas que llegan muchas veces a ir en contra de la propia Constitución ( arts. 5 y 28). Por otro lado, el franquiciatario se ve atraído por la garantía de "éxito rápido y seguro" y por la fuerte

ilusión de hacer realidad el sueño de manejar un negocio propio, sin saber que realmente podría ser defraudado.

12.- En esencia, la Ley de Competencia Económica restringe seriamente muchas de las condiciones habituales de contratación y operación de franquicias, por considerarlas contrarias a las normas de competencia. Esta ley impide entre otras cuestiones los acuerdos que celebra el franquiciante con sus franquiciatarios, por medio de los cuales se obliga a éstos adquirir los insumos y materiales necesarios para la operación de las franquicias del propio franquiciante, excluyendo al resto de oferentes de la posibilidad de vender sus productos a negocios que operan bajo este sistema. Ahora bien, en la práctica las franquicias han gozado de un trato preferencial que por alguna razón les ha exentado de juicios más severos. Si la legislación mexicana en materia de competencia se aplica como debería, ello conducirá invariablemente a que las franquicias tengan que replantear su estructura y funcionamiento, en puntos que han constituido sus ventajas más sólidas frente a sistemas convencionales de comercio.

13.- Mi propuesta de incorporar el contrato de franquicia al Código de Comercio tendrá necesariamente ventajas y desventajas, pero el hecho de que exista una normatividad brinda una mayor seguridad a las partes al saber el sentido de la legalidad o ilegalidad del esquema, y obviamente el hecho de que exista la ley permitirá conocer la directriz para operar de una manera que no solamente va ser tachada moralmente a través de la violación del Código de Ética de la AMF, sino que se considerara ilegal.

14.- Actualmente en nuestro país, el procedimiento a seguir en caso de una controversia concerniente alguna franquicia debe ser el juicio ordinario mercantil que regula nuestro C de C, aunque existe la posibilidad de recurrir a la mediación o al arbitraje si así fuese pactado previamente en el contrato de franquicia.

15.- Estados Unidos como pionero de este sistema, enfrentó durante la década de los 60 y principios de los 70 una serie de irregularidades, estafas y abusos en la franquicia que propiciaron la implementación de estrictas leyes estatales que desalentaron a los franquiciantes poco éticos a franquiciar negocios que no tuvieran bases sólidas y transparentes. Así mismo, en 1979 la Comisión Federal de Comercio promulgó un

reglamento sobre la franquicia a nivel nacional. El incumplimiento de las disposiciones estatales o federales son sancionadas por fuertes multas económicas. Por otro lado, esta nación es de las pocas en el mundo que cuentan con una Asociación Nacional de Franquiciatarios (AAFD) la cual vela por los derechos de los franquiciatarios y tiene gran influencia legislativa ante el Congreso.

16.- España al igual que México tiene un futuro prometedor en este sector. Su regulación se basa en la autonomía de la voluntad y en algunas disposiciones complementarias de carácter administrativo que definen a la franquicia y obligan a registrar este contrato. De igual forma, establecen que en caso de incumplimiento de la obligación de inscripción en el registro correspondiente, el franquiciante infractor se hará acreedor de una fuerte sanción económica. España es miembro de la Federación Europea de la Franquicias, organización que cuenta con un Código Deontológico, el cuál es de cumplimiento voluntario y marca ciertas pautas a seguir en la franquicia.

17.- Argentina de todos los países estudiados, es el que se encuentra más desprotegido ya que no cuenta con ningún tipo de reglamentación específica en la materia, su única defensa parte del principio que establece que los contratos son ley inquebrantable para las partes. Cuentan como muchas otras naciones con un Código de Ética, el cuál no sirve de mucho, pues su cumplimiento es voluntario.

18.- Brasil es sin duda alguna el caso más interesante de franquicias en Latino América. No sólo por que fue el primer país que no importó sus primeras franquicias de Estados Unidos, sino por que constituye el segundo mercado a nivel mundial de esta forma de negocios. Su legislación es bastante estricta y su COF contiene un gran número de elementos los cuales México debería incorporar. Últimamente han fracasado importantes cadenas norteamericanas como MacDonaldis, lo que está poniendo en duda la invulnerabilidad del sistema ante los ojos del mundo.

19.- La franquicia ha tenido tanto auge que Organismos Internacionales como la UNIDROIT y la OMPI, se han preocupado por incorporar este concepto a sus planes de investigación y han elaborado propuestas interesantes que se deberían tomar en cuenta. Como es lógico, esto ha generado cierta polémica pues existen naciones que argumentan la necesidad de un régimen universal unificado y otras que prefieren dejar

a cada legislación nacional un régimen propio.

20.- La franquicia es un sistema comercial que actualmente constituye una alternativa económica muy interesante dada las actuales condiciones del mercado financiero mundial. Algunas estadísticas posicionan a esta como la sucesora de los pequeños negocios independientes y tal vez así sea. Pero esto no quiere decir que la franquicia este libre de riesgos o desventajas, por lo tanto si realmente se va constituir en un futuro como la nueva forma en que operen los negocios a nivel global, es necesario que qué fortalezcamos la legislación existente en la materia, además de incorporar este contrato a nuestro Código de comercio que es el lugar donde a mi punto de vista corresponde estar.

21.- Por último hay que tener en cuenta que todo negocio puede ser susceptible a poderse franquiciar, sin embargo no necesariamente todas las empresas deberían franquiciarse, por lo que es fundamental que el dueño de la marca y el interesado en adquirirla se cuestionen sobre la viabilidad de la cadena. Una marca popular y un sistema operativo probado puede ofrecer una oportunidad competitiva muy interesante, pero en México ultimamente se está presentando el caso de que la inmensa mayoría de las franquicias son desconocidas, no probadas y con cuotas o regalías que difícilmente se pueden justificar.

## RECOMENDACIONES

Como resultado de este trabajo de investigación, propongo lo siguiente:

I- Que se incorpore el Contrato de Franquicia al Código de Comercio, pues se trata de una actividad comercial sumamente utilizada en nuestro país, por lo tanto debe estar sujeta a reglas sumamente claras que rijan la relación privada entre las partes.

II- Según la Ley de Competencia Económica, existen algunos artículos a los cuales el sistema de franquicia viola directamente ( 9 y 10 ), ya que la empresa franquiciante obliga, y se obliga a prácticas restrictivas a la libre competencia. Ahora bien, considerando que en algunos casos son más las ventajas que ofrece el sistema, que las desventajas a nivel de competencia, es necesario estudiar la factibilidad de que se dicte un Reglamento de Excepción, para el sistema de franquicias en el cual se estipulen ciertas directrices.

III- Un buen marco jurídico de la franquicia debe partir de su definición; por lo tanto se debe de reformar el artículo 142 de la LPI ya que el concepto de franquicia que enuncia este ordenamiento es ambiguo e incompleto. La definición que considero adecuada es la siguiente:

Contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas denominada franquiciante le otorga a la otra denominada franquiciatario el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y en un tiempo y zona geográfica delimitados, la licencia de uso de marca, su nombre comercial o en su caso el derecho de explotación de alguna patente y le transfiere todos los conocimientos y técnicas para operar de una manera uniforme el negocio. De igual forma, el franquiciatario se compromete al pago de una contraprestación económica al adquirir éste sistema operativo.

IV. Así mismo se deben de realizar otras reformas en el mismo artículo, que contemplen lo siguiente:

\*El franquiciante deberá otorgar de manera obligatoria al franquiciatario, bajo pena de nulidad, y con por lo menos 20 días de anticipación a la firma del contrato de franquicia, la información a que se refiere el artículo 65 de esta Ley, la que se denominará Circular de Oferta de Franquicia.

\* La falta de veracidad u omisión de algún dato en la Circular de Oferta de Franquicia dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato en los términos del párrafo anterior, a exigir del franquiciante el pago por los daños y perjuicios ocasionados.

\* El contrato de franquicia debe constar por escrito y deberá inscribirse ante el IMPI.

\* Sólo podrán ser materia de franquicias las marcas registradas y no aquellas que se encuentren en trámite.

IV. A su vez el artículo 65 del Reglamento de la LPI, cuenta con un gran número de defectos, por lo que en vez de recaudar una fuente de información fidedigna para que el franquiciatario conozca lo bueno y lo malo acerca de la empresa en la que esta dispuesta invertir, sólo tiene acceso a una serie de datos intrascendentes que poco le dicen sobre la franquicia. Por lo tanto, es de imperiosa necesidad que este documento sea ampliado con el fin de proteger a los franquiciatarios de los posibles abusos que puedan cometer franquiciantes sin escrúpulos que venden empresas chatarras sin ningún futuro. Los requisitos que se proponen incorporar son los siguientes:

\* Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social de éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.

\* Identidad y experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores.

\* Historial Crediticio del franquiciante.

\* Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas



controladas y titulares de marcas o patentes relativas a la operación de la franquicia.

- \* Protección de territorios exclusivos.
- \* Vigencia del Contrato, haciendo hincapié que este no podrá ser mayor a 10 años.
- \* Marcas registradas u otros derechos de propiedad intelectual.
- \* Restricciones en la venta de bienes y servicios.
- \* Renovación, cancelación o cesión de la franquicia.
- \* Declaración de ingresos.
- \* Nombres, direcciones y teléfonos de franquiciantes actuales y anteriores.
- \* Resultados financieros y balance de los 2 últimos ejercicios del franquiciante.
- \* Copia del contrato de franquicia y de otros contratos y acuerdos.
- \* Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema. Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de la entrada de la operación de la franquicia.
- \* Disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores.
- \* Situación del franquiciante después de la terminación del contrato. Para el caso de que se establezca la prohibición para el franquiciatario de no dedicarse al término del contrato a un igual o similar al objeto de la franquicia, dicha prohibición no podrá exceder, del término de 2 años a partir de la fecha de terminación o rescisión del contrato.

VI. Por último para evitar que se siga engañando impunemente a una serie de inversionistas con falsas promesas de que van adquirir negocios súper exitosos, por medio de los cuales van a recuperar su inversión en lapsos de tiempo muy cortos, sugiero que se incorpore a la LPI el siguiente requisito:

Para poder otorgar una franquicia, el franquiciante deberá haber explotado su negocio, durante un período de 2 años, y como mínimo contar con una unidad piloto antes de poner en marcha una red de franquicia de su propiedad.